

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT, partido político com representação no Congresso Nacional, com sede no Setor de Autarquias Federais Sul (SAFS), quadra 2, lote 3, CEP 70.042-900, Brasília/DF, representado por seu presidente, na forma estatutária, por seus advogados, com fundamento na alínea “a” do inciso I do artigo 102 da Constituição, propõe:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

com pedido de medida cautelar, da Lei Federal nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 14/01/2013 (nº 9, seção 1, p. 1/4), com redação dada pela **Lei Federal nº 13.360, de 17 de novembro de 2016** (DOU de 18/11/2016, nº 221, seção 1, p. 1/4).

1. Do dispositivo da lei impugnado

Para fins do inciso I do artigo 3º da Lei Federal nº 9.868/1999, indica-se como dispositivo impugnado o § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013, assim redigido:

§ 5º Nos primeiros 5 (cinco) anos da prorrogação referida nesta Lei, em caso de transferência de controle, mediante processo licitatório, de pessoa jurídica originariamente sob controle direto ou indireto da União, de Estado, do Distrito Federal ou de Município, o poder concedente poderá estabelecer no edital de licitação a assinatura de termo aditivo com a finalidade de deslocar temporalmente as obrigações do contrato de concessão, de modo que fiquem compatíveis com a data de assunção da pessoa jurídica pelo novo controlador.

Contra esse enunciado normativo se insurge pela sua incompatibilidade com os artigos 1º; 5º, LIV e XXXVI; e 37, *caput*, da Constituição.

2. Dos fundamentos jurídicos

No mérito, argui-se a inconstitucionalidade de interpretação do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013, segundo a qual o deslocamento temporal das obrigações dos contratos de concessão de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica é possível quando a transferência do controle da estatal exploradora ocorrer **após** 5 (cinco) anos da prorrogação dos contratos dos respectivos serviços ou instalações.

A prova da **realidade** dessa interpretação ofensiva à Constituição – ou seja, o indicativo concreto de sua **existência jurídica (positividade¹)** – não decorre da literalidade do texto do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013,

¹ Vide ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 17-25.

mas sim da **norma** que a prática estatal institucionalizada tem construído a partir dele², nessa medida, reconhecendo-a como **fundamento de validade**.

Tanto que, a despeito de aprovação tempestiva do deslocamento temporal das obrigações da concessão da **Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica (CEEE-D)**³, a transferência de controle dessa estatal foi regularmente designada somente para **26/04/2021**⁴, portanto, bem mais de 5 (cinco) anos depois da prorrogação, ocorrida em **09/12/2015**⁵.

Sucedo que essa compreensão do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013 agride os **princípios constitucionais da legalidade** (CF, art. 37, *caput*), próprio do **Estado Democrático de Direito** (CF, art. 1º); da **segurança jurídica**, inerente à proteção do **ato jurídico perfeito** (CF, art. 5º, XXXVI); e o **republicano**, de que dimana a **indisponibilidade do interesse público** (CF, art. 1º e 34, VII, "a").

Como se demonstra analiticamente na sequência, qualquer interpretação do dispositivo de lei federal objeto desta ação direta que permita a transferência de controle de estatal exploradora de serviços e instalações de energia elétrica

² Sobre a distinção entre texto e norma, *vide* ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 21-22.

³ *Vide* Despacho de 13 de outubro de 2020, do Ministro de Estado de Minas e Energia (DOU de 19/10/2020, nº 200, seção 1, p. 33).

⁴ *Vide* Edital de Leilão nº 01/2020, da Secretaria do Meio Ambiente e Infraestrutura do Rio Grande do Sul – SEMA/RS (DOE/RS de 08/12/2020, nº 250, p. 510/564), disponível em: <<<https://sema.rs.gov.br/upload/arquivos/202012/08185904-edital-ceed.pdf>>> Acesso em 11/12/2020.

⁵ *Vide* Quarto Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica nº 81/1999-ANEEL. Disponível em: <<<https://www.aneel.gov.br/documents/10184/15062864/Quarto+Termo+Aditivo.pdf>>> Acesso em 08/12/2020.

depois de 5 (cinco) anos da prorrogação de sua concessão é de notória **inconstitucionalidade**.

Daí se reclamar o emprego de **interpretação conforme** como **técnica de decisão** (Lei Federal nº 9.868/1999, art. 28, parágrafo único), a fim de, primeiro, excluir aquela primeira possibilidade semântica do programa normativo do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013 e, depois, determinar seu único significado em concordância com a Constituição.

No limite, pois, a pretensão deduzida nesta ação direta é a de “*fazer incidir conteúdo normativo constitucional dotado de carga cogente cuja produção de efeitos independa de intermediação legislativa*” (ADI nº 4.430, Rel. Min. Dias Toffoli, em 29/06/2012), sem, contudo, fulminar o texto do dispositivo do ato normativo impugnado (Lei Federal nº 12.783/2013, art. 11, § 5º).

2.1. Da violação ao princípio da legalidade (CF, art. 1º e 37, caput)

O **princípio da legalidade estrita**, ao menos no plano constitucional (CF, art. 37, *caput*), não configura mera regra de boa administração, pois compõe a arquitetura essencial do **Estado Democrático de Direito** (CF, art. 1º), funcionando como reserva contra o arbítrio e garantia da vontade geral. É o que explica, na doutrina, **Celso Antônio Bandeira de Mello**:

Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. (...)

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter

os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.⁶

Não se desconhece, contudo, que a linguagem jurídica é aberta⁷. A lei, dotada de generalidade e abstração – “*vaga nos seus enunciados, imprecisa nos seus pressupostos de aplicação e elástica em sua determinação*”⁸ –, padece, por natureza, de indeterminação, de sorte que requer, pelos seus destinatários, notadamente do intérprete, a objetivação de seu significado.

Essa tarefa de concretizá-la, isto é, de definir o recorte da realidade social que regula e os elementos do seu conteúdo normativo aplicável⁹, classificando e ordenando condutas, exige um processo de argumentação racional que reconstrua o sentido da lei ao processo de legitimidade democrática que a ela confere validade¹⁰.

Daí porque, de princípio, o controle de constitucionalidade arguido nesta ação reclama – para usar um vocabulário ortodoxo – a **interpretação autêntica**¹¹

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 99-100.

⁷ Vide, na filosofia do Direito, HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*. 3. ed. Oxford, Clarendon Press, 2012, p. 124-135. No Direito Constitucional, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 198-199.

⁸ Vide GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 254.

⁹ Vide MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Trad. Peter Neumann. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 57-58.

¹⁰ Vide FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. 2. ed. São Paulo, Manole, 2016, p. 21-27.

¹¹ Vide KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2012, p. 390.

do § 5º do artigo 11 do Lei Federal nº 12.783/2013, fixando a moldura jurídica fora da qual outra exegese da norma que ressaia de seu texto, como denunciado, seja inconstitucional.

Na espécie, tem-se que a Lei Federal nº 12.783/2013 estabeleceu 2 (dois) regimes regulatórios de concessões de serviços e instalações de energia elétrica, conforme sua prorrogação ou não, em havendo desestatização das respectivas exploradoras, independe de seu controle societário, se da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (art. 8º, §§ 1º-A, 1º-C e 1º-D, e 11, § 5º).

Nas concessões **não prorrogadas**, facultou-se à União, na qualidade de poder concedente (CF, art. 21, XII, “b”), promover a **licitação de nova concessão**, por 30 (trinta) anos, **associada** à transferência do controle da estatal até então exploradora dos serviços ou das instalações de energia elétrica (Lei Federal nº 12.783/2013, art. 8º, §§ 1º-A, 1º-C e 1º-D).

Já nas concessões **prorrogadas**, facultou-se outra alternativa, a do § 5º do artigo 11 do Lei Federal nº 12.783/2013, em que o poder concedente pode deslocar temporalmente as obrigações da concessão, sem alterar seu prazo, mediante termo aditivo inserido no edital licitatório da desestatização da exploradora dos serviços ou instalações de energia elétrica.

Cabe pontuar que a escolha por uma ou outra medida não é discricionária, devendo aderir à dimensão de **eficiência da legalidade estrita**, especificamente, ao **critério da vantajosidade**¹², sempre em atenção ao **interesse**

¹² Vide JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 62.

público, embora seja certo que, no particular, esse aspecto da legislação não esteja em causa nesta ação direta.

A questão que se coloca, por outro lado, é a de que a redação do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013 parece ambígua quanto ao termo final do prazo de 5 (cinco) anos para o referido deslocamento temporal de obrigações, a saber, **se** para a transferência do controle da estatal que os explora **ou** para o poder concedente o estabelecer no edital licitatório da respectiva desestatização.

Gramaticalmente, a anteposição da **locução adverbial temporal** que abre o dispositivo (*“Nos primeiros 5 (cinco) anos da prorrogação referida nesta Lei”*) está contida noutra, de viés **condicional** (*“em caso de transferência de controle, mediante processo licitatório, de pessoa jurídica originariamente sob controle direto ou indireto da União, de Estado, do Distrito Federal ou de Município”*).

Mas, e disto sobrevém **falácia da anfibologia**¹³, ela também pode aludir, independentemente, à locução verbal da oração principal do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013 (*“o poder concedente poderá estabelecer no edital de licitação a assinatura de termo aditivo com a finalidade de deslocar temporalmente as obrigações do contrato de concessão”*).

Por essa segunda leitura, o prazo de 5 (cinco) anos do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013 concerniria, em rigor, ao edital de licitação para desestatização de exploradora de serviços e instalações de energia elétrica, de

¹³ SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. Marcial Pons, São Paulo, 2013, p. 294.

modo que, no caso da **CEEE-D**, por exemplo, a publicação de edital em **08/12/2020**¹⁴ satisfaria a exigência legal, ante a prorrogação em **09/12/2015**¹⁵.

Não obstante, por recurso **histórico** aos fatos legislativos relevantes e **sistemático** às disposições pertinentes, encontra-se o **sentido unívoco** do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013, de que o prazo de 5 (cinco) anos refere-se mesmo é à transferência de controle da estatal exploradora de serviços e instalações de energia elétrica, não ao edital licitatório de sua desestatização.

Como antecipado, essa demarcação é imprescindível, porquanto capaz de evidenciar que qualquer outra interpretação do dispositivo impugnado não traduz o governo da lei, mas o do talante pessoal, via de consequência, de flagrante **inconstitucionalidade**, por ofensa ao **princípio da legalidade estrita** (CF, art. 37, *caput*).

O § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013 em comento foi nela acrescentado originalmente pela Medida Provisória (MP) nº 735/2016, com o objetivo de “*viabilizar as concessionárias de distribuição sob controle público*”¹⁶, como se lê na sua exposição de motivos, aplicando-se indistintamente às concessionárias de todas as esferas de governo.

Todavia, de acordo com a MP nº 735/2016, somente as exploradoras de serviços e instalações de energia elétrica controladas pela União – portanto,

¹⁴ Vide Edital de Leilão nº 01/2020, da SEMA/RS, disponível em: <<<https://sema.rs.gov.br/upload/arquivos/202012/08185904-edital-ceed.pdf>>> Acesso em 11/12/2020.

¹⁵ Vide Quarto Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica nº 81/1999-ANEEL, disponível em: <<<https://www.aneel.gov.br/documents/10184/15062864/Quarto+Termo+Aditivo.pdf>>> Acesso em 08/12/2020.

¹⁶ Disponível em: <<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3035464&ts=1594034108163&disposition=inline>>> Acesso em 08/12/2020.

excluídas as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – com concessões não prorrogadas poderiam ser desestatizadas em licitação associada à nova contratação. Confira-se o § 1º-A do artigo 8º da Lei Federal nº 12.783/2013:

Art. 8º As concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica que não forem prorrogadas, nos termos desta Lei, serão licitadas, na modalidade leilão ou concorrência, por até 30 (trinta) anos.

.....
§ 1º-A. É facultado à União, quando o prestador do serviço for pessoa jurídica sob seu controle direto ou indireto, promover a licitação de que trata o caput associada à transferência de controle da pessoa jurídica prestadora do serviço, outorgando contrato de concessão ao novo controlador pelo prazo de 30 anos.

Aconteceu que, no projeto de lei de conversão, o relator da matéria na comissão mista da MP nº 735/2016, Deputado José Carlos Aleluia, incluiu no substitutivo “*ajuste permitindo a celebração de **novo contrato de concessão** em caso de transferência de controle acionário de prestador de serviço sob controle **estadual** ou **municipal**”¹⁷.*

Essa modificação resultou no acréscimo, em paralelo, dos §§ 1º-C e 1º-D do artigo 8º da Lei Federal nº 12.783/2013, incluídos pela conversão na Lei Federal nº 13.360/2016:

§ 1º-C. Quando o prestador do serviço for pessoa jurídica sob controle direto ou indireto de Estado, do Distrito Federal ou de Município, é facultado à União outorgar contrato de concessão pelo prazo de 30 (trinta) anos associado à transferência de controle da pessoa jurídica prestadora do serviço, desde que:

¹⁷ Disponível em: <<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4189839&ts=1594034115162&disposition=inline>>> Acesso em 08/12/2020.

I - a licitação, na modalidade leilão ou concorrência, seja realizada pelo controlador até 28 de fevereiro de 2018;

II - a transferência de controle seja realizada até 30 de junho de 2018.

§ 1º-D. A licitação de que trata o inciso I do § 1º -C poderá ser realizada pela União mediante autorização do controlador.

Com esse acréscimo, a Lei Federal nº 12.783/2013 passou, então, a contemplar, indistintamente para estatais federais, mas também estaduais, distritais e municipais exploradoras de serviços e instalações de energia elétrica, a possibilidade, quando de sua desestatização, de **nova licitação** de concessão *não prorrogada* (art. 8º, §§ 1º-A, 1º-C e 1º-D), ou de **deslocamento temporal das obrigações** das *prorrogadas* (art. 11, § 5º).

Sem embargo, é razoável especular, pelo argumento transcrito do parecer do relator do projeto de lei de conversão e, sobretudo, ante a ausência de referência ao *caput* do artigo 8º nos seus §§ 1º-C e 1º-D, que a intenção do legislador foi, de fato, a de permitir a licitação de desestatização de concessionária sob controle de Estado, do Distrito Federal ou de Município associada a **nova concessão, independente de sua prorrogação**.

Reforça essa percepção o aparente lapso legislativo de que, enquanto os §§ 1º-C e 1º-D do artigo 8º da Lei Federal nº 12.783/2013 silenciam, seu § 1º-A – que cuida da licitação para desestatização de exploradoras controladas pela União associada a novas contratações de serviços e instalações de energia elétrica – remete explicitamente ao *caput*, o qual disciplina, por sua vez, somente concessões **não prorrogadas**.

Malgrado, ao que tudo indica, propugnada pelo legislador, essa compreensão, entretanto, não encontra amparo na Constituição. Antes, porém, é

preciso salientar que, a despeito da falta de remissão nos §§ 1º-C e 1º-D do artigo 8º da Lei Federal nº 12.783/2013 ao seu *caput*, como no § 1º-A, os parágrafos de um artigo se interpretam necessariamente segundo seu *caput*.

Trata-se até de uma obviedade hermenêutica¹⁸, pois é elementar da técnica legislativa que “os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos”, como preceitua o inciso II do artigo 10 da Lei Complementar nº 95/1998 e, da mesma forma, também se colhe na doutrina especializada, preconizando, por todos, o escólio do Ministro **Gilmar Mendes**:

Os parágrafos constituem, na técnica legislativa, a imediata divisão de um artigo, ou, como anotado por Arthur Marinho, “(...) **parágrafo sempre foi numa lei, disposição secundária de um artigo em que se explica ou modifica a disposição principal**”.¹⁹

Realmente, como afirma **Eros Roberto Grau**, “*não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços*”, de sorte que, “*o significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional*”²⁰. A intelecção de um parágrafo, pois, jamais pode isolar-se de seu *caput*.

Segue que, se a concessão de exploradora de serviços e instalações de energia elétrica sob controle de Estado, do Distrito Federal ou de Município já houver sido prorrogada, a única alternativa existente, em caso de desestatização, é o deslocamento temporal das respectivas obrigações (Lei Federal nº

¹⁸ Vide MAXIMILIANO, Carlos. *Hermênica e Aplicação do Direito*. 22. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 244.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Questões Fundamentais de Técnica Legislativa*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 11, 2007, p. 8/9.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Aplicação do Direito*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2017, p. 86.

12.783/2013, art. 11, § 5º), sendo vedada a realização de nova licitação associada (Lei Federal nº 12.783/2013, art. 8º, *caput* e §§ 1º-C e 1º-D).

De todo modo, o importante a registrar é que, mesmo quando se depara com concessão não prorrogada, associando-se a desestatização da exploradora à nova contratação para os serviços e instalações de energia elétrica, a Lei Federal nº 12.783/2013 estatuiu prazo fatal para a licitação (art. 8º, § 1º-C, I) e também para a transferência de controle (art. 8º, § 1º-C, I), postergados pela recentíssima MP nº 998/2020 para 30/06/2021 e 31/12/2021, respectivamente.

Embora esses prazos não sejam aplicáveis ao § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013 – como explicado, por dizerem respeito apenas a concessões não prorrogadas –, eles são, sem dúvida, indicativos cabais de que o último evento relevante para o programa de desestatização e concessão de serviços e instalações de energia elétrica nela previsto é, com certeza, a transferência de controle das concessionárias estatais.

Significa que, no contexto da Lei Federal nº 12.783/2013, embora as licitações para desestatização, de um lado, associadas à nova concessão (art. 8º, §§ 1º-A, 1º-C e 1º-D) ou, de outro, com deslocamento temporal de obrigações (art. 11, § 5º), não coincidam quanto ao seu o **suporte fático**²¹ (concessão prorrogada ou não), elas compõem a mesma política pública de incentivo à desestatização no setor de energia elétrica.

É o que justifica a simetria de tratamento entre aqueles 2 (dois) regimes, **especificamente**, quanto à aferição do evento da condição resolutiva para os

²¹ Vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. I. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

prazos do inciso II do § 1º-C do artigo 8º da Lei Federal nº 12.783/2013 e do § 5º do seu artigo 11, qual seja: a transferência de controle da exploradora de serviços e instalações de energia elétrica.

Assim, pressupor que o dispositivo de lei impugnado autoriza o deslocamento temporal das obrigações dos contratos de concessão serviços e instalações de energia elétrica mesmo quando a transferência do controle de exploradora estatal ocorrer após 5 (cinco) anos da prorrogação da concessão revela arbítrio pessoal incompatível com a **vontade da lei**.

Em suma, a única interpretação do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013 é a de que o prazo de 5 (anos), contados da prorrogação da concessão, tem como termo final a transferência de controle, mediante processo licitatório, de pessoa jurídica originariamente sob controle direto ou indireto da União, de Estado, do Distrito Federal ou de Município, sob pena de violação do **princípio constitucional da legalidade estrita** (CF, art. 37, *caput*).

2.2. Da violação ao princípio republicano (CF, art. 1º e 34, IV, “a”)

A subversão à **legalidade estrita** (CF, art. 1º e 37, *caput*) retratada também atinge, na verdade, um alicerce ainda mais profundo da Constituição, o **princípio republicano** (CF, art. 1º e 34, VII, “a”), cujo núcleo essencial repousa na noção fundamental de separação entre a coisa pública e a privada, como bem adverte **Daniel Sarmento**:

A república exige clara separação entre a coisa pública e o domínio privado, com a garantia de impessoalidade, transparência e controle na gestão da res publica. Os agentes do Estado não cuidam do que é seu, mas de toda a coletividade. Por isso, não podem se relacionar com a coisa pública do mesmo

modo como lidam com seus assuntos e interesses particulares, submetendo-os aos seus desejos e preferências pessoais.²²

Da *dimensão institucional*²³ do **princípio republicano** se edifica a **indisponibilidade do interesse público**, informativa de todo o Direito Público, pelo que “*cabe à lei captar e identificar um determinado interesse geral para defini-lo e guindá-lo a interesse público e, com isso, priorizar, em certas condições, o seu atendimento prioritário, mesmo com o sacrifício total ou parcial de outros interesses*”²⁴.

No caso, o § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013 selecionou como de **interesse público** o deslocamento temporal de obrigações das concessões de serviços e instalações de energia elétrica apenas se a transferência de controle da exploradora estatal ocorrer nos primeiros 5 (cinco) anos da prorrogação do respectivo contrato.

Depois desse prazo, não há mais interesse público a tutelar, somente **privado**, o que se afigura até intuitivo: nos termos da lei, apenas tem valia para a coletividade incrementar a atratividade da desestatização de exploradoras estatais de serviços e instalações de energia elétrica em até 5 (cinco) anos depois da prorrogação da concessão.

Passado esse período, permitir o deslocamento temporal de obrigações da concessão para desestatização superveniente, isto é, fora da janela estabelecida pela política setorial contida no § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013,

²² SARMENTO, Daniel. *O Princípio Republicano nos 30 anos da Constituição de 88*. Revista da EMERJ, v. 20, n. 3, p. 296-318, 2018, p. 310.

²³ Vide ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *La Dimensión Institucional del Derecho y La Justificación Jurídica*. Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 24, p. 115-130, 2001.

²⁴ SOUZA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 95.

sujeita a exploradora estatal a transigir permanentemente com **interesses privados** de potenciais adquirentes.

Esse risco de captura da gestão da estatal pela especulação de investimentos em torno de seus ativos desvirtua sua própria **função social** (CF, art. 5º, XXIII, e 170, II) – que é a **economicidade**²⁵, não o lucro –, de modo que, sobrevivendo o prazo de 5 (cinco) anos para transferência de controle, o **interesse público** limita-se à boa consecução dos serviços e instalações pela concessionária.

Em sede de controle abstrato, a segurança desse prognóstico depende, como explana o Ministro **Gilmar Mendes**, de um controle de resultado (*Verfahrenskontrolle*), não de processo (*Ergebniskontrolle*), ou seja, “*não se cuida, no juízo de constitucionalidade, de examinar como o legislativo examinou os fatos legislativos, mas o que, efetivamente, ele constatou*”²⁶.

Nessa linha, o resultado que se pode aferir em revisão judicial é o de que, não realizada a transferência de controle de explorada estatal de serviços e instalações de energia elétrica em 5 (cinco) anos da prorrogação da concessão (Lei Federal nº 12.783/2013, art. 11, § 5º), findasse o incentivo à desestatização, ao menos pelo deslocamento temporal de obrigações do contrato.

Isso porque, havendo risco de caducidade da concessão, pode ser apresentado plano de transferência de controle societário como alternativa à extinção da outorga (Lei Federal nº 9.074/1995, art. 4º-C), evidenciando, aqui sim,

²⁵ OCTAVIANI, Alessandro *et al.* *Estatais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 87.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: repercussões na atividade econômica*. In: Anais do Encontro de Juristas Bancários de Expressão Oficial Portuguesa, Brasília, Banco Central do Brasil, 2000. p. 16-37.

o **interesse público** em nova oportunidade para desestatizar, inclusive sem que, nessa hipótese, haja deslocamento temporal de obrigações.

Com efeito, a reserva legal de **momentos** – até 31/12/2021 para concessões vencidas ou 5 (cinco) anos para as prorrogadas (Lei Federal nº 12.783/2013, art. 8º, §§ 1º-A, 1º-C e 1º-D e art. 11, § 5º) – ou de **conjuntura** – como alternativa à caducidade (Lei Federal nº 9.074/1995, art. 4º-C) – para desestatizar concessionária de serviços e instalações de energia elétrica não é providência do acaso, senão do **interesse público**.

Ora, **se**, em geral, as concessões ou o controle societário de exploradoras de serviços públicos não podem ser transferidos, salvo com anuência do poder concedente (Lei Federal nº 8.987/1995, art. 27), **então**, em se tratando de energia elétrica, por sua especial essencialidade, com mais razão se aplica essa preocupação em resguardar a contratada se é entidade estatal.

A explicação jurídica para tal consiste em que, sendo os serviços e instalações de energia elétrica de titularidade da União (CF, art. 21, XII, “b”), sua exploração por ente federativo diverso – mas ainda assim Poder Público (CF, art. 175, *caput*)²⁷ – só se justifica em função da acentuada carga de interesse coletivo a merecer a atuação **direta** do Estado.

A propósito, é mesmo o que autoriza, em linha princípio, a instituição de empresa pública ou sociedade de economia mista, sofisticando a ação estatal com

²⁷ Sobre a amplitude do conceito jurídico de Poder Público do artigo 175 da Constituição, bem como de sua aplicabilidade em caso de prestação direta de serviços públicos por ente federativo diverso do titular, *vide*, por todos, SUNDFELD, Carlos Ari. *O Saneamento Básico e sua Execução por Empresa Estadual*. Revista Diálogo Jurídico, v. 1, n. 5, Salvador, 2001.

instrumento de Direito Privado²⁸, sem, porém, despi-las de função primordialmente de **interesse público**, como se ressalta na literatura especializada:

Em perfeita consonância com o que afirmamos, **as empresas estatais são instrumentos da ação estatal. São veículos utilizados pelo Estado para a realização de suas atividades fundamentais.** Tradicionalmente, em razão da natureza jurídica de Direito privado das empresas estatais – tema que será pormenorizadamente tratado adiante –, entende-se que a tais entidades cabe a exploração de atividades econômicas, sejam elas qualificadas como serviços públicos ou não.

Sendo assim, a função precipuamente atribuída às empresas estatais está diretamente associada à exploração de uma atividade econômica, seja qualificada legalmente como um serviço público ou não. De toda forma, sempre a atuação das empresas estatais presta-se a realizar funções atribuídas ao Estado.²⁹

Essa é a premissa de qualquer análise, inclusive jurídica, da política de desestatização do setor elétrico. Noutras palavras, o manejo da coisa pública pela **lógica de mercado**, com deslocamento de obrigações temporais à revelia da lei, ainda que para conferir viabilidade a processo de desestatização, não se coaduna com o **interesse público**.

Interpretação do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013, a pretexto de prestigiar a **atratividade da desestatização** de exploradora de serviços e instalações de energia elétrica, possibilitando o deslocamento de obrigações temporais de concessão com transferência de seu controle após 5 (cinco) anos da

²⁸ Vide ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra, Almedina, 1999.

²⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As Empresas Estatais no Direito Administrativo Atual*. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 54-55.

prorrogação, privilegia, na verdade, o **interesse privado**, não o bem comum e, nessa medida, é **inconstitucional**.

Mais do que isso, como se alertou, logo de antemão, qualquer outra interpretação do dispositivo impugnado nesta ação que não assente essa impossibilidade viola, além da legalidade estrita (CF, art. 1º e 37, *caput*), o **princípio republicano** (CF, art. 1º e 34, VII, “a”), do qual se deriva a **indisponibilidade do interesse público**.

2.3. Da violação ao princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI)

Não suficiente, acrescente-se que a interpretação do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013 que ora se argui inconstitucional também contraria o **princípio da segurança jurídica**, na medida em que subverte o recrudescimento de **ato jurídico perfeito**, cuja salvaguarda é, igualmente, de dignidade constitucional (CF, art. 5º, XXXVI).

O § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013 contém, explicitamente, uma condição resolutiva: grosso modo, uma vez operado o prazo de 5 (cinco) anos da concessão de serviços e instalações de energia elétrica sem transferência de controle da exploradora estatal encerra-se a prerrogativa do poder concedente de deslocar temporalmente as obrigações contratuais.

Qualquer interpretação em sentido diverso, enquanto produto **inconstitucional** do texto do dispositivo de lei impugnado, desabilita os elementos de estabilidade, orientação e realização que alicerçam a proteção ao **ato jurídico perfeito** (CF, art. 5º, XXXVI) e sobre os quais, nessa perspectiva, se edifica o **princípio da segurança jurídica**, fazendo contraponto à proteção da confiança, disserta **José Joaquim Gomes Canotilho**:

O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança* como elementos constitutivo do Estado de direito.

Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que **a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito** – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos.³⁰

No particular, a possibilidade de deslocamento temporal das obrigações de concessão de serviços e instalações de energia eléctrica para desestatização de exploradora consuma-se – na dicção da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) – após 5 (cinco) anos da prorrogação do contrato, de maneira que outra interpretação do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013 é, por isso, **inconstitucional**.

3. Da inconstitucionalidade consequente de atos infralegais

Em regra, a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento é técnica destinada a estendê-la a dispositivos não impugnados expressamente, com os quais, todavia, haja dependência normativa em relação a outros cuja pronúncia de nulidade foi devidamente reconhecida (*e.g.* ADI nº 2982-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, em 17/06/2004).

³⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003, p. 257.

O Tribunal, porém, também tem desdobrado a afirmação de nulidade, por inconstitucionalidade, a **atos infralegais** e de **efeitos concretos** que se contaminem por reverberação de decisão da Corte, tanto no âmbito abstrato e concentrado, quanto no concreto e difuso, do controle de constitucionalidade de atos normativos primários.

No primeiro caso, tem-se como novel precedente na jurisprudência a declaração de inconstitucionalidade por atração da Instrução Normativa nº 3/1993 do Tribunal Superior do Trabalho – TST, após a pronúncia de nulidade do *caput* do artigo 40 da Lei nº 8.177/1991 (RE nº 607.447, Rel. Min. Marco Aurélio, em 22/05/2020).

Na segunda hipótese, é paradigma a declaração de inconstitucionalidade por derivação da Deliberação nº 49/2011, do Conselho Superior da Advocacia-Geral do Estado do Estado de Minas Gerais, depois de pronúncia de interpretação conforme dos artigos 1º, 2º, I e II, e 3º, §§ 1º e 2º, da Lei 18.017/2009, também do Estado de Minas Gerais.

Da mesma forma, impõe-se reconhecer a inconstitucionalidade por arrastamento do Despacho de 13 de outubro de 2020, do Ministro de Minas e Energia (DOU de 19/10/2020, nº 200, seção 1, p. 33) e do Edital de Leilão nº 01/2020, da Secretaria do Meio Ambiente e Infraestrutura do Rio Grande do Sul – SEMA/RS, publicado no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul (DOE/RS) de 08/12/2020 (nº 250, p. 510/564).

Cuida-se de correlação lógica da inconstitucionalidade da interpretação do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013, porquanto tais atos infralegais nela repousam seu fundamento de validade, aprovando o deslocamento

temporal das obrigações da **CEEE-D** para transferência de controle a ocorrer em **26/04/2021**³¹, mais de 5 (cinco) anos depois da prorrogação contratual, em **09/12/2015**³².

4. Da medida cautelar

As alegações delineadas na causa de pedir perfazem os elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano a amparar prestação de tutela de urgência (cautelar) capaz de resguardar a higidez das disposições constitucionais afetadas por interpretação inconstitucional do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013.

A título de **plausibilidade jurídica**, ficou demonstrada a lesividade da leitura aqui denunciada aos **princípios constitucionais da legalidade** (CF, art. 37, *caput*), próprio do **Estado Democrático de Direito** (CF, art. 1º); da **segurança jurídica**, inerente à proteção do **ato jurídico perfeito** (CF, art. 5º, XXXVI); e o **republicano**, de que dimana a **indisponibilidade do interesse público** (CF, art. 1º e 34, VII, “a”).

Por outro lado, quanto à **urgência**, observe-se que a repercussão concreta e mais imediata da interpretação inconstitucional do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013, bem como de seus consectários infralegais, é a transferência de controle da **CEEE-D**, em vias de se consumir em **26/04/2021**, a

³¹ Vide Edital de Leilão nº 01/2020, da SEMA/RS, disponível em: <<<https://sema.rs.gov.br/upload/arquivos/202012/08185904-edital-ceed.pdf>>> Acesso em 11/12/2020.

³² Vide Quarto Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica nº 81/1999-ANEEL. Disponível em: <<<https://www.aneel.gov.br/documents/10184/15062864/Quarto+Termo+Aditivo.pdf>>> Acesso em 08/12/2020.

mais de 5 (cinco) anos da prorrogação de sua concessão, o que confirma o apontado risco à supremacia daquelas cláusulas constitucionais.

5. Do pedido

Pelo exposto, requer-se:

- a) a **concessão de medida liminar**, para, até julgamento definitivo da ação:
 - a.1) conferir **interpretação conforme à Constituição** do § 5º do artigo 11 da Lei Federal nº 12.783/2013, para assentar como defeso o deslocamento temporal das obrigações dos contratos de concessão serviços e instalações de energia elétrica quando a transferência do controle de exploradora estatal ocorrer após 5 (cinco) anos da prorrogação da concessão da exploração dos respectivos serviços ou instalações; e
 - a.2) *por arrastamento*, **suspender a eficácia** do Despacho de 13 de outubro de 2020, do MME, e do Edital de Leilão nº 01/2020, da SEMA/RS;
- b) a adoção do rito previsto no *caput* do artigo 12 da Lei Federal nº 9.868/1999, com a solicitação de informações dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República;
- c) **no mérito**, a ratificação da liminar, conferindo-se definitivamente **interpretação conforme à Constituição** do § 5º do artigo 11 da Lei

Federal nº 12.783/2013, nos termos em que requerido liminarmente (item “a.1.”), bem como a pronúncia de nulidade, **por inconstitucionalidade consequente**, dos atos infralegais impugnados (item “a.2.”).

Termos em que pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 15 de dezembro de 2020.

Ian Rodrigues Dias


OAB/DF nº 10.074

Marcos Ribeiro de Ribeiro

OAB/RJ nº 62.818

João Carlos de Matos

OAB/DF nº 19.049


Lucas de Castro Rivas
OAB/DF nº 46.431